

Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei Auf- und Einbruchdiebstahl

Von Dr. Yao Li, Potsdam*

2020 erließ der BGH fünf Entscheidungen zum Versuchsbeginn bei Auf- oder Einbruchdiebstahl. Der 4. Strafsenat knüpft dabei an das unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiels- oder Qualifikationsmerkmal an, wohingegen nach dem 5. Strafsenat ein unmittelbares Ansetzen zum Grundtatbestand, also dem Diebstahl erforderlich ist. Gleichzeitig verschiebt der 5. Senat durch die täterunfreundliche Anwendung konkretisierender Kriterien den Versuchsbeginn wieder nach vorne. Auch wenn die dogmatische Konzeption des 5. Senats vorzugswürdig ist, sind die teils unklaren Kriterien und die daraus resultierende Vorverlagerung des Versuchsbeginns mit Skepsis zu betrachten.

I. Einleitung

Der 4. und 5. Strafsenat des BGH haben sich 2020 in insgesamt fünf Entscheidungen zum Versuchsbeginn bei Auf- oder Einbruchdiebstahl (teils einfach, teils qualifiziert, teils als besonders schwerer Fall) geäußert. Auffällig ist, dass der 4. Senat ein unmittelbares Ansetzen zum Qualifikations- bzw. Regelbeispielmerkmal ausreichen lässt, wohingegen der 5. Senat das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestands fordert. Dabei setzt der 5. Senat in drei aufeinanderfolgenden Entscheidungen dieselbe Kriterienkette für den Versuchsbeginn beim Diebstahl mit Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen ein und lässt den Angriff auf den ersten Schutzmechanismus für den Versuchsbeginn ausreichen. Beide Senate tendieren also – auf unterschiedlichen dogmatischen Wegen – zu einer Vorverlagerung des Versuchsbeginns, wobei sie sich übrigens gleichermaßen von zwei Entscheidungen des 5. Senats aus dem Jahr 2019 distanzieren.

All das gibt Anlass zur Untersuchung, ob und wie sich die Rechtsprechung geändert hat und wie die Entscheidungen in der bisherigen Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei Auf- und Einbruchdiebstahl einzuordnen sind. Ziel ist es nicht, den Versuchsbeginn bei Qualifikationsdelikten zu diskutieren oder neue Kriterien zur Bestimmung des Versuchsbeginns bei Diebstahlsdelikten zu entwickeln; vielmehr wird hierfür auf die breit belegte h.L.¹ und bisherige Rechtsprechung² verwie-

sen: Ein Versuch zum qualifizierten Diebstahl sollte (wie es der 5. Senat tut³) erst bei unmittelbarem Ansetzen sowohl zum Qualifikations- als auch Grundtatbestandsmerkmal angenommen werden. Die vom 4. Senat in seinen Entscheidungen aus Januar⁴ und April 2020⁵ vertretene Ansicht, dass der

Rn. 55; Kudlich, NSTZ 2020, 354 (355); Rotsch, ZJS 2020, 481 (484, 487); Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 244 Rn. 74; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 53; vgl. auch schon Degener, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 305 (309 f.); Streng, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1025 (1029). A.A. Fahl, JR 2021, 73 (76). Die früher wohl h.M. knüpfte an das Qualifikationsmerkmal an, siehe z.B. RGSt 38, 177 (178 f.); OLG Hamm MDR 1976, 155; Busch, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 1974, § 43 Rn. 31; Wessels, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 295 (305); auch nach der Grundsatzentscheidung BGHSt 33, 370 (Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB auch bei misslungenem Einbruch) hätte erst recht das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals ausreichen müssen.

² Vgl. BGH NSTZ 2019, 716 (zustimmend Kudlich, NSTZ 2020, 34; Winkler, RÜ 2019, 779; ablehnend Fahl, JR 2020, 420); BGH BeckRS 2019, 22265; BGH NSTZ 2017, 86 (zustimmend Eisele, JuS 2017, 175 [176]; Engländer, NSTZ 2017, 86 [87]; Kudlich, JA 2017, 152 [154], hinsichtlich der Subsumtion); BGH NSTZ 2015, 207 (zustimmend Kudlich, JA 2015, 152 [154]).

³ BGH NJW 2020, 2570 (2571); BGH NSTZ-RR 2020, 246. Anders als Fahl, JR 2021, 73 (76), behauptet, stellte dies keine Rechtsprechungsänderung dar.

⁴ Der Angeklagte hatte ein Küchenfenster bzw. eine Terrassentür eines Wohnhauses erfolgreich aufgehebelt, um anschließend im Gebäudeinneren Sachen zu entwenden. Dies genügte dem 4. Senat für einen Versuch des § 244 Abs. 4 StGB; er schloss sich ausdrücklich nicht der Auffassung des 5. Senats aus dem Jahr 2019 an, dass die Annahme eines Versuchs in Fällen des Einbruchdiebstahls an das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme anknüpft. BGH NSTZ 2020, 353 (354); ebenfalls kritisch Kudlich, NSTZ 2020, 354; zustimmend Fahl, JR 2021, 73 (76).

⁵ Hier bemerkte der 4. Senat ergänzend, dass er die Auffassung des 5. Senats in den Entscheidungen aus dem Jahr 2019, wonach ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des Diebstahls nicht vorliegt, wenn lediglich zur Verwirklichung eines

* Die Verfasserin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg).

¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 58 m.w.N.; Eisele, JuS 2020, 798 (799); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 22 Rn. 36; v. Heintschel-Heinegg, JA 2020, 550 (551); Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 120–128; Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 32; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 244

Versuchsbeginn bereits beim unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung eines Regelbeispiel- oder eines Qualifikationsmerkmals vorliegt, ist folglich abzulehnen. Insbesondere ist bereits die Strafbarkeit des „versuchten Regelbeispiels“, die der 4. Senat damit implizit befürwortet, per se zweifelhaft.⁶

Auch wenn der 5. Senat dogmatisch den richtigen Anknüpfungspunkt wählt, sollte der Versuchsbeginn hinsichtlich des Grundtatbestands entgegen der Tendenz des 5. Senats eng an die Tatbestandsverwirklichung gerückt werden (unten II.); eine zunehmende Vorverlagerung des Versuchsbeginns ist auch nicht durch praktische Vorzüge gerechtfertigt (unten III.). Schließlich wäre es angesichts der uneinheitlichen Praxis und intransparenten Verweise zu begrüßen, wenn ein Anfrage- bzw. Vorlageverfahren nach § 132 GVG durchgeführt würde, anstatt dass die Senate stets Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO fassten (unten IV.).

II. Die Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen

1. Letzter Zwischenschritt und präzise Feststellung des Tatplans

Der 5. Senat dehnt in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2020, die allesamt eine „Überwindung gewahrsamssichernder Schutzmechanismen“ voraussetzen, das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl nach vorne auf den Angriff auf den ersten Schutzmechanismus (nicht: erster Angriff auf den Gewahrsam) aus. Da nach der Zwischenakts⁷ lediglich der letzte Schritt vor Tatbestandsverwirklichung einen Versuch darstellt, müsste sich, sollte der Angriff auf den ersten Schutzmechanismus bereits die Versuchsstrafbarkeit auslösen, die Überwindung aller Mechanismen auch als ein Schritt darstellen. Auch ist erst dann von einer Gefährdung des Rechtsguts Eigentum⁸ sowie von einem Eindringen in die Schutzsphäre des Opfers⁹ (hinsichtlich seines Eigentums) auszugehen. Dies bedeutet: Ist aus Tätersicht die Überwindung mehrerer Hindernisse hintereinander weg ein automatischer Vorgang,¹⁰ d.h. insbesondere ohne Unwägbarkeiten

Regelbeispiels oder einer Qualifikation angesetzt worden ist, nicht teilt, BGH BeckRS 2020, 12230. Anders als behauptet hat der 5. Senat seine entgegenstehende Rechtsauffassung mit dem Beschluss vom April 2020 nicht aufgegeben.

⁶ So auch *Bosch* (Fn. 1), § 243 Rn. 44; *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 87–89; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 243 Rn. 72 f.

⁷ Ständige Rspr., siehe nur BGH NJW 2020, 2570 f. m.w.N.

⁸ Für die Gefährdungstheorie siehe zum Beispiel BGH NStZ 2020, 353 (354); BGH NJW 2020, 2570 (2571); BGH StV 2017, 441; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 22 Rn. 42 m.w.N.

⁹ Für die Sphärentheorie siehe insbesondere *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139–144; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25. Abschn. Rn. 68.

¹⁰ Siehe dazu *Hillenkamp* (Fn. 1), § 22 Rn. 112. So auch schon BGH NStZ 2011, 517 (518).

quasi ein Selbstläufer, dann kann ausnahmsweise auch mit dem Ansetzen zur Überwindung des ersten Hindernisses bereits der letzte Schritt bis zur Tatbestandsverwirklichung vorliegen und damit ein Versuchsbeginn angenommen werden. Ist der Tatverlauf nach Tatplan jedoch mit Unwägbarkeiten und Schwierigkeiten verbunden (diese dürften zunehmen, je zahlreicher, unterschiedlicher oder komplexer die Schutzmechanismen sind) oder hat der Täter keine Vorstellung, was ihn nach Überwindung des Hindernisses erwartet, so kann schwerlich bereits bei Angriff auf das erste Hindernis von einem unmittelbaren Ansetzen die Rede sein.

Zum einen sollte also stets die Vorstellung des Täters vom Tathergang bis zur Wegnahmehandlung präzise festgestellt werden,¹¹ insbesondere wenn ein Versuchsbeginn wegen unmittelbar anschließender Wegnahmehandlung bereits mit dem Einbrechen/Aufbrechen angenommen werden soll. Sollte der Tatplan nicht eindeutig feststellbar und potentielle Beute nicht offensichtlich griffbereit sein, muss in dubio pro reo von weiteren geplanten Zwischenakten ausgegangen und der Versuchsbeginn abgelehnt werden. Zum anderen sollte nur der letzte Schritt unter „unmittelbares Ansetzen“ subsumiert, im Ergebnis der Versuchsbeginn also nahe an die Tatbestandsverwirklichung gerückt werden.

2. Vorverlagerung des Versuchsbeginns durch den 5. Senat

Gemessen an diesen Maßstäben hat der 5. Senat in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2020 den Versuchsbeginn zu weit vorverlagert und näherte sich dadurch faktisch dem Ergebnis des 4. Senats wieder an. Noch in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2019¹² ist der 5. Senat zurückhaltender gewesen: Die Angeklagten hatten bereits ein Loch in den Rahmen bzw. Verschluss der Terrassentür gebohrt und wollten sodann die Terrassentür aufhebeln und die Wohnung betreten, wobei sich aus der Entscheidung nicht ergab, ob die geplante Beute bereits sichtbar war, noch hätte gesucht oder weitere Schutzmechanismen hätten überwunden werden müssen; auch wenn detaillierte Feststellungen zum Tatplan oder, sollte das Tatgericht solche nicht hat treffen können, ein Hinweis auf den Grundsatz „in dubio pro reo“ wünschenswert gewesen wären, wurde ein Versuch doch richtigerweise jeweils abgelehnt.

2020 bejahte der 5. Senat hingegen anhand unterschiedlicher Kriterien durchgehend einen Versuchsbeginn: In einer Entscheidung vom April 2020,¹³ in der der Angeklagte einen Zigarettenautomaten zur Schalldämpfung bereits mit einem Handtuch und einer Plane verhüllt und Werkzeuge zum Aufbruch des Automaten bereitgelegt, jedoch keine Steckdose für den Trennschleifer gefunden hatte, hat der 5. Senat einen

¹¹ Ähnlich *Engländer*, NStZ 2017, 86 (88); *Kudlich*, NStZ 2020, 34; *ders.*, JA 2015, 152 (154 f.).

¹² BGH BeckRS 2019, 22265; BGH NStZ 2019, 716 (zustimmend *Kudlich*, NStZ 2020, 34; *Winkler*, RÜ 2019, 779; ablehnend *Fahl*, JR 2020, 420).

¹³ BGH NJW 2020, 2570. Siehe für eine instruktive Kritik *Rotsch*, ZJS 2020, 481; ebenfalls kritisch *Fahl*, JR 2021, 75; zustimmend *Eisele*, JuS 2020, 798; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550.

versuchten (einfachen!) Diebstahl bestätigt. Zwischenakte, „die keinen tatbestandsfremden Zwecken dienen, sondern wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden“, stünden einem unmittelbaren Ansetzen nicht entgegen. Gegen einen Versuchsbeginn spreche – abstrakt gesehen – ein erforderlicher weiterer neuer Willensimpuls; wesentlich für die Abgrenzung zur Vorbereitung sei das Maß konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts, bei Diebstahlsdelikten also die „konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs“. Ist der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert, müsse sich der Täter nach Überwindung desselben einen ungehinderten Zugriff „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ vorstellen. Bei mehreren Schutzmechanismen reiche der Angriff auf den ersten aus, wenn die Überwindung der restlichen „in unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit paraten Mitteln erfolgen soll“. Da der angegriffene Schutzmechanismus nicht erfolgreich überwunden worden sein muss, reiche „der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1, § 244 I Nr. 3 regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen“.

Zum einen ist zweifelhaft, ob das Verhüllen eines – noch unbeschädigten – Zigarettenautomaten tatsächlich eine konkrete Gefährdung des Inhalts bedeutete. Zum anderen ist unklar, ob mit einer „weitere[n] eigenständige[n] Willensbildung“ ein neugefasster Vorsatz oder etwas unterhalb der Vorsatzschwelle gemeint ist und wie das Verhältnis zum subjektiven Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt geht es los“ beschaffen ist; gleiches gilt für das Kriterium „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte“ und ihr Verhältnis zu (wesentlichen) Zwischenschritten i.S.d. Zwischenaktstheorie. Jedenfalls entstand nach dem vorgestellten weiteren Vorgehen wohl doch eine zeitliche Zäsur und war eine eigenständige Willensbildung erforderlich, wenn nach dem gescheiterten Einsatz des Trennschleifers eine neue Aufbruchmethode angewendet werden musste. Insgesamt war das erforderliche Aufbrechen noch so entscheidend und dessen Erfolg so unsicher, dass richtigerweise die Verhüllung und das Hervorholen des Trennschleifers nicht der letzte Schritt vor der Tatbestandsverwirklichung war und damit noch kein Versuch vorlag.¹⁴

Das gilt umso mehr für den Sachverhalt der Entscheidung des 5. *Senats* vom Juni 2020, den dieser ebenfalls als Versuch wertete: Die Angeklagten hatten das Bedienteil von verschiedenen Geldautomaten mit einem Brecheisen aufgehoben oder

aufzuhebeln versucht, um danach mit den noch in einem mitgeführten Fahrzeug befindlichen Utensilien ein Gasgemisch zur Sprengung des Geldtresors einzuleiten, wobei zum Teil bereits das Aufhebeln scheiterte, zum Teil die Angeklagten nach dem Aufhebeln erkannten, dass sich der Automat nicht zum Sprengen eignete.

Auch hier wendete der 5. *Senat* die Kriterienkette „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ an, wobei angesichts der noch erforderlichen Sprengung fraglich ist, ob sich der Täter nach Überwindung des Bedienteils tatsächlich einen „ungehinderten Zugriff auf die Beute“ „ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung“ vorstellte. Jedenfalls dürften die Einleitung und Zündung des Gasgemisches eine weitere eigenständige Willensbildung (zur nach § 308 StGB gesondert unter Strafe gestellten Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion!) erfordern. Schließlich dürften die noch erforderlichen Akte „tatbestandsfremde Zwischenschritte“ dargestellt und einem Versuchsbeginn entgegengestanden haben. Der 5. *Senat* weicht zudem die Zwischenaktstheorie stark auf, denn es soll dem Versuchsbeginn *nicht* entgegenstehen, dass es noch der Einleitung und Zündung des Gasgemisches „als weiterer wesentlicher Zwischenschritte“ bedurft hätte. Nach seiner Ansicht erscheinen zudem die „dem Gewahrsamsbruch vorgelagerten und seine Verwirklichung erst ermöglichenden Teilakte des Gesamtgeschehens [...] nach dem Tatplan wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit und wegen des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs mit der eigentlichen Tathandlung als deren Bestandteil und bilden mit ihr eine natürliche Einheit.“ Dass die noch ausstehende Sprengung unabdingbar für die Wegnahme war, müsste jedoch gerade gegen ein unmittelbares Ansetzen sprechen; die „notwendige Zusammengehörigkeit“ und „natürliche Einheit“ erscheinen nicht hilfreich, da bei der Überwindung mehrerer Schutzmechanismen zur Ermöglichung einer Wegnahme die Teilakte stets eine notwendig zusammengehörende Einheit ergeben dürften. Im Ergebnis bildeten das erfolgreiche Aufhebeln, die Einleitung des Gasgemisches und die Sprengung des Geldtresors insgesamt nicht lediglich *einen* Zwischenschritt, da insbesondere die Sprengung des Geldtresors ein komplexes und unwägbares Unterfangen war und die Angeklagten sich nicht einen automatischen Geschehensablauf von Aufhebeln bis Wegnahme vorstellten.

Lediglich im Beschluss des 5. *Senats* vom Mai 2020¹⁵ lag tatsächlich ein unmittelbares Ansetzen vor: Die Angeklagten hatten vergeblich mit einem Hammer versucht, in die Glasscheibe eines Verkaufsraums, aus dem sie u.a. ungesicherte Zigaretten entwinden wollten, eine Öffnung zu schlagen. Hier waren die Zigaretten hinter der Glasscheibe in Sichtweite und sollten nach Tatplan direkt nach Einstieg eingesteckt werden; da mit dem Einschlagen der Glasscheibe nur ein einziger Schutzmechanismus überwunden werden und dies der letzte Zwischenschritt vor der geplanten Wegnahme sein sollte, ist dieser Fall mit dem 5. *Senat* als Versuchsbeginn zu werten.

¹⁵ BGH NStZ-RR 2020, 246.

¹⁴ Siehe auch (mit ausführlicher Begründung) *Rotsch*, ZJS 2020, 481 (482–489), der insbesondere die mangelnde Differenzierung des 5. *Senats* zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten, seine unbestimmten und abstrakten Kriterien zum unmittelbaren Ansetzen und die fehlerhafte Subsumtion kritisiert; ebenfalls kritisch bzgl. der Subsumtion *Fahl*, JR 2021, 73, 75; dem BGH jedoch (fast) durchgehend zustimmend *Eisele*, JuS 2020, 798; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550.

III. Ausreichende Alternativen zur Vorverlagerung

Die Gründe, den Versuchsbeginn vorzuverlagern, so wie die Senate es im Jahr 2020 praktiziert haben, liegen zwar auf der Hand: Wird die Tat beim ersten Ansetzen eines Aufbruchwerkzeugs oder Überwinden der ersten Barriere (z.B. Gartentor) entdeckt, könnte bereits mit einer (fakultativ gemilderten, § 23 Abs. 2 StGB) Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren (§ 243 Abs. 1 S. 1 StGB), von sechs Monaten bis zu zehn Jahren (§ 244 Abs. 1 StGB) oder von einem Jahr bis zu zehn Jahren (§ 244 Abs. 4 StGB; § 244a Abs. 1 StGB) bestraft werden. Umgekehrt ausgedrückt sei es der Praxis und der Bevölkerung „nicht vermittelbar“, dass sonst „nur wegen Hausfriedensbruchs oder Sachbeschädigung oder gar nicht bestraft werden könne“ und die Polizei, die einen zum Diebstahl Entschlossenen überrascht, zuwarten müsse, dass der Täter in die Räume eingedrungen ist, aus denen er stehlen will, um die Aburteilung wegen Einbruchdiebstahlsversuchs nicht zu gefährden.¹⁶

Eine solche Argumentation ist aber angreifbar: Sind mehrere an einem (Wohnungs-)Einbruchdiebstahl beteiligt, kann vor Versuchsbeginn bereits wegen Verabredung zum Verbrechen mit (zu mildernder) Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren (§ 30 Abs. 2 Var. 3 i.V.m. § 244 Abs. 4/ § 244a i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB)¹⁷ bestraft werden; dies dürfte dem Strafbedürfnis, das insbesondere angesichts organisierter Einbruchdiebstähle besteht, genügen.

Der als Einzeltäter zum Einbruch Entschlossene könnte wegen (versuchter) Sachbeschädigung mit Freiheitsstrafe bis zu immerhin zwei Jahren oder mit Geldstrafe (§ 303 Abs. 1 StGB), wegen Hausfriedensbruchs mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe (§ 123 Abs. 1 StGB) bestraft werden. Ein völlig strafloser Angriff ist in den hier bewerteten Angriffen auf einen gewahrnamssichernden Schutzmechanismus nur schwer vorstellbar. Ist hierbei das Ziel des Täters erkennbar, im Anschluss einen Diebstahl zu begehen, könnte dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt und ggf. die Strafobergrenze der §§ 123, 303 StGB ausgereizt werden. Denn es können nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 Gr. 1 StGB „Beweggründe und Ziele“ des Täters in die Abwägung einbezogen werden. Auch wenn eine Auswertung der Kommentarliteratur zur Frage, ob die Diebstahlsabsicht bei Verwirklichung der §§ 123, 303 StGB berücksichtigt werden sollte, unergiebig ist,¹⁸ sollen nach der Rechtspre-

chung des BGH jedenfalls auch solche Umstände strafscharfend berücksichtigt werden können, „die sich auf das Tatgeschehen insgesamt beziehen und den Unrechts- und Schuldgehalt [...] charakterisieren“;¹⁹ insbesondere hat der BGH festgestellt, dass bei der Ahndung von Straftaten im Vorbereitungsstadium, bei denen es nicht zum Versuch der ursprünglich geplanten weiteren Straftat gekommen ist, „keinen rechtlichen Grund gibt, [...] den in Aussicht genommenen verwerflichen Zweck außer Betracht zu lassen“.²⁰

Mit dem Argument, dass es „nicht vermittelbar“ sei, dass sonst ein erkennbar zur Tat Entschlossener nicht wegen versuchten Einbruchdiebstahls belangt werden könne, könnte im Übrigen die Versuchsstrafbarkeit beliebig weit nach vorne auf Vorbereitungshandlungen erweitert werden, bei denen die Einbruchabsicht bereits offensichtlich ist. Dass bereits versucht wurde, auf- oder einzubrechen, markiert zwar eine Zäsur; der gesteigerte Unrechtsgehalt und die damit verbundene Verunsicherung der Betroffenen, insbesondere bei Eingriffen in die Privatsphäre, kommt jedoch durch die Strafbarkeit nach §§ 123, 303 StGB zur Geltung. Angesichts der Tatsache, dass in solchen Fällen noch mehrere Schritte bis zur eigentlichen Wegnahme erforderlich gewesen wären und diese gerade nicht unmittelbar bevorstand, erscheint es ausreichend, auch lediglich wegen der tatsächlich verwirklichten Rechtsgutsverletzung (Beschädigung des Eigentums und/oder Beeinträchtigung des Hausrechts) zu bestrafen. Erst der Zeitpunkt, in dem aus Tätersicht eine Wegnahme unmittelbar bevorsteht, bildet eine neuerliche Zäsur und damit den Versuchsbeginn bei Diebstahl.

Wird eine Person vor Versuchsbeginn beim Angriff auf einen Schutzmechanismus überführt, bestehen im Regelfall „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO (Anfangsverdacht)²¹ und damit die strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten, um insbesondere die strafscharfende Diebstahlsabsicht (s.o.) festzustellen. Liegt ein „qualifizierter Anfangsverdacht“²² hinsichtlich einer Verabredung zu einem schweren Banden- oder Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB vor, existieren besondere Strafverfolgungsmöglichkeiten: Da §§ 244 Abs. 4, 244a StGB „schwere Straftaten“ nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. j

¹⁶ Vogel (Fn. 6), § 243 Rn. 74.

¹⁷ Siehe für eine Übersicht über die Folgen der Anhebung des Mindeststrafmaßes auf ein Jahr Freiheitsstrafe bei § 244 Abs. 4 StGB im Jahr 2017 Mitsch, KriPoZ 2017, 21 (22).

¹⁸ Vgl. Horn/Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 46 Rn. 127–135; Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13 f.; Maier, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 204–216; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn. 607–613; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 52.

¹⁹ BGHSt 42, 43 (44); Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 18), Rn. 613.

²⁰ BGH NStZ 2003, 143 (144).

²¹ Solche sind dann anzunehmen, wenn es auf Basis von Tatsachen nach kriminalistischen oder anderen Erfahrungen wahrscheinlich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt, Stam, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 10 Rn. 22.

²² Es müssen Umstände vorliegen, die nach Lebens- oder kriminalistischer Erfahrung „in erheblichem Maß“ darauf hindeuten, dass sich jemand als Beteiligter einer Katalogtat strafbar gemacht, wobei ein hinreichender Tatverdacht nicht erreicht sein muss, Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 100a Rn. 30; Günther, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 100a Rn. 74, § 100g Rn. 29.

StPO und auch vorbereitende Straftaten wie die Verbrechensverabredung umfasst sind,²³ wären eine Telekommunikationsüberwachung ohne Wissen des Betroffenen (§ 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO), die Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 1 S. 1 StPO)²⁴ oder eine Funkzellenabfrage (§ 100g Abs. 3 StPO) möglich; des Weiteren wären bestimmte Zeugnisverweigerungsrechte eingeschränkt (z.B. § 53 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Verbrechenqualität der Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1, 3 StGB)²⁵ bewirkt zudem, dass das Absehen von Verfolgung bzw. eine Einstellung gem. §§ 153 f. StPO gesperrt wäre, verdeckte Ermittler nach § 110a Abs. 1 S. 2–4 StPO (z.B. bei Wiederholungsgefahr) eingesetzt werden dürften und die Wiederaufnahme eines bereits durch Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens (§ 373a StPO) zulässig würde.

IV. Vorlage an den Großen Senat

Sollten der 4. und 5. Senat weiter auf ihren unterschiedlichen Standpunkten zum Versuchsbeginn bestehen, ist anzunehmen, ein Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG einzuleiten und ggf. die Rechtsfrage dem Großen Senat vorzulegen. Zwar waren die Ausführungen des 4. Senats aus dem Jahr 2020 „ergänzende Anmerkungen“ zu Verwerfungen „offensichtlich unbegründeter“ Revisionen nach § 349 Abs. 2 StPO; gleiches gilt für die Beschlüsse des 5. Senats aus dem Jahr 2020, denen immerhin ausführliche „Gründe“ angefügt waren. Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO ohne erkennbar tragende Erwägungen können jedoch weder eine Bindungswirkung für spätere Entscheidungen entfalten²⁶ noch selbst Abweichungen im Vergleich zu früheren Entscheidungen darstellen, da die Revisionen, weil „offensichtlich“ unbegründet, gänzlich ohne Begründung verworfen werden könnten und die Anmerkungen schon dadurch, wenn nicht ausdrücklich anderslautend, nicht entscheidungserheblich sind.²⁷ Entscheiden die Senate durchgehend nach § 349 Abs. 2 StPO, wird also mangels Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage des Versuchsbeginns (die sowohl für die frühere

als auch aktuelle Entscheidung vorliegen muss) keine Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2 GVG ausgelöst.²⁸

Allerdings hielten die Senate in allen hier behandelten Fällen die Beschlüsse offenbar doch für begründungsbedürftig; jedenfalls in den Entscheidungen des 4. Senats ist zudem fraglich, ob die Ansicht, für den Versuchsbeginn reiche das unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiels- oder Qualifikationsmerkmal aus, nicht doch entscheidungserheblich für die Bejahung des Versuchsbeginns war. Mangels ausführlicherer Gründe kann die „materielle“ Entscheidungserheblichkeit jedoch nicht durchgängig bewertet werden; dass die Senate im Jahr 2020 trotz gegenläufiger Rechtsansichten stets den Versuchsbeginn bejahten, liegt an den unterschiedlichen (undefinierten) Kriterien, tatsächlichen Umständen und Subsumtionen. Zudem nimmt die Verweispraxis der Senate gerade keine Rücksicht darauf, ob die Rechtsfrage entscheidungserheblich ist bzw. war. Insbesondere auch durch die irreführenden Verweise verfestigen sich abweichende Rechtsansichten, die das Vorlageverfahren nach § 132 GVG gerade vermeiden will. Angesichts der offenkundig entgegenstehenden Ansichten sollte die Vorlagepflicht also nicht über die Beschlussart und das Anfügen lediglich von Anmerkungen vermieden, sondern die umstrittene Rechtsfrage in tragenden Gründen entschieden werden; dies würde den Weg zu einem anschließenden Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG bereiten.

V. Fazit

Die Rechtsprechung zum Versuchsbeginn beim Auf- oder Einbruchdiebstahl hat insbesondere im Jahr 2020 an Dynamik gewonnen, jedoch nicht zur Klärung beigetragen. Erstens stehen die dogmatischen Konzeptionen des 4. und 5. Senats einander gegenüber, wobei in der Gesamtschau der Rechtsprechung seit 2014 der 4. Senat der „Ausreißer“ und die Ansicht des 5. Senats, dass es bei Qualifikationen und Regelbeispielen auf das unmittelbare Ansetzen zum Grunddelikt ankomme, vorzugswürdig ist. Zweitens wendet der 5. Senat teils unklare konkretisierende Kriterien in zwei Entscheidungen so täterunfreundlich an, dass das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl zu weit vorverlagert wird. Hier stellten sich die aus Tätersicht noch ausstehenden Schritte bis zur Wegnahme sehr wohl als Zwischenschritte dar. Im Ergebnis nähert sich der 5. Senat der abzulehnenden Ansicht des 4. Senats an, dass ein Versuch bereits mit unmittelbarem Ansetzen zum Qualifikations- bzw. Regelbeispielsmerkmal vorliegen soll. Drittens kann eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns nicht damit begründet werden, dass der vor Versuchsbeginn überführte Täter sonst strafflos oder „nur“ wegen Sachbeschädigung und/oder Hausfriedensbruch strafbar wäre, da ebendiese Straftatbestände und die ggf. verwirklichte Verbrechensverabredung sowie die prozessualen Möglichkeiten ausreichen, um dem bis zu diesem Moment verwirklichten Unrecht zu begegnen. Viertens wird angeregt, dass die Senate ihre Rechtsansichten in tragenden Gründen festhalten, sodass Divergenzen im Wege eines Anfrage- und Vorlageverfahrens aufgelöst werden können.

²³ BGHSt 32, 10 (16); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 100a Rn. 12, § 100g Rn. 15.ggf. aktual.

²⁴ Soweit nach den Vorgaben von BVerfG NJW 2020, 2699, EuGH BeckRS 2020, 25341, sowie der faktischen Aussetzung der Vorratsdatenspeicherung nach OVG Münster NVwZ-RR 2018, 43, und ggf. anstehenden Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 100g StPO möglich.

²⁵ Siehe auch Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 13.

²⁶ BGHSt 35, 60 (65); 34, 184 (190, mit Hinweis auf die fehlende Begründung der früheren Entscheidung); Gericke, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 349 Rn. 34.

²⁷ Umfassend zu den Problemen von Beschlüssen nach § 349 Abs. 2 StPO siehe Stam, GA 2021, 213.

²⁸ Siehe Cierniak/Pohlitz, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3-2, 2018, GVG § 132 Rn. 12.